

MONALIZA MARIA GOMES PAIVA

**A EXCLUSIVA VIABILIDADE TRANSACIONAL DO
INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA:**

(artigo 1.584, §2º do Código Civil)

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MG

2014

MONALIZA MARIA GOMES PAIVA

**A EXCLUSIVA VIABILIDADE TRANSACIONAL DO
INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA:**

(artigo 1.584, §2º do Código Civil)

Monografia apresentado à banca
examinadora do Curso de Direito da
Faculdades Integradas de Caratinga - FIC,
como exigência, requisito parcial de obtenção
do grau de Bacharel em Direito.
Área de Concentração: Direito Civil
Orientador: Prof. Juliano Sepe Lima Costa

FIC – CARATINGA

2014

RESUMO

A Guarda Compartilhada é um tema relevante diante da necessidade da defesa do melhor interesse dos menores, em face dos inúmeros divórcios e dissoluções de união estáveis, que ocorrem na atualidade. A Lei nº 11.698/08, de 13 de junho de 2008, veio a consagrar expressamente no Código Civil brasileiro o instituto da guarda compartilhada. Não obstante ele já fosse amplamente aceito pela doutrina e aplicado na prática pela jurisprudência, certo é que o reconhecimento legislativo, como estar afeito, pacificou, em definitivo, as discussões acerca da existência de tal instituto. Propõe o presente trabalho estabelecer uma visão crítica das vantagens e desvantagem da Guarda Compartilhada, analisando o cumprimento dos dizeres do art.1.584 § 2º, que versa sobre uma interpretação estritamente literal, por parte dos magistrados, bem como os benefícios da Lei 11.698/08, e os aspectos psicológicos na aplicação desse instituto; apontar para as possibilidades de mediação e intervenção dos magistrados, na busca do melhor interesse do menor, como uma das importantes alterações da Lei 11.698/08, para aplicação, sempre que adequada, da Guarda Compartilhada; desenvolver possíveis soluções coerentes para atender aos questionamentos sobre este modelo de guarda. A pergunta gerada no decorrer da pesquisa diz respeito ao instituto da guarda compartilhada perante o cumprimento literal dos dizeres previstos no art.1.584, § 2 do Código Civil por parte dos magistrados, priorizando somente o texto da lei em prejuízo do real cabimento de aplicação do instituto naquele caso específico.

Palavras- Chave: poder familiar, guarda, guarda compartilhada, princípio do melhor interesse do menor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I- GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS.....	14
1.1 Noções Introdutórias.....	14
1.2 Guarda.....	16
1.3 Guarda Compartilhada.....	19
1.4 Evolução Histórica da Guarda Compartilhada na Legislação Brasileira.....	23
CAPÍTULO II- A GUARDA COMPARTILHADA E AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 11.698/08.....	27
2.1 O melhor Interesse do menor.....	31
2.2 A questão Social e Psicológica.....	35
2.3 As Transformações Sociais.....	36
2.4 Aspectos Psicológicos na Vida dos Menores.....	38
CAPÍTULO III- O DESCUMPRIMENTO DO ART. 1584, §2º DO CÓDIGO CIVIL.....	41
3.1 Alternativas para Aplicação da Guarda Compartilhada.....	41
3.2 Os Esclarecimentos em Audiência de Conciliação.....	41
3.3 A Mediação: Intervenção de Profissionais Especializados.....	42
3.4 O Real Interesse em Prol do Menor.....	43
3.5 Prioridades dos magistrados pelo Melhor Interesse do Menor.....	45
3.6 O Descumprimento do artigo 1584, §2º do Código Civil.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a ao meu pai Dico, minha mãe Pacífica, que na Plenitude Divina continuou me ajudando a terminar o Curso de Direito, aos meus filhos Fabio e Fabian, pelo apoio nestes 5 anos, e minha irmã Márcia, que mesmo estando nos EUA, me ajudou em momentos inesperados.

À Coordenação pelo apoio e compreensão e atendimento prestado com muito profissionalismo.

Aos colegas de curso a saudade, onde a caminhada de cada um com certeza será um sucesso.

E aos professores, os sinceros agradecimentos da formação acadêmica, em especial o orientador Juliano, e ao professor Vagner Bravos, pelas orientações técnicas.

“Posso não Concordar com nenhuma das palavras que
você disser, mas defenderei até a morte o direito de
você dizê-las”.

Voltaire

INTRODUÇÃO

Este trabalho intitulado “a exclusiva viabilidade transacional do instituto da Guarda Compartilhada, (art. 1584, §2º do CC) frente ao princípio do melhor interesse do menor”, expõe a Guarda Compartilhada como o meio necessário para que o poder familiar seja exercido de forma conjunta, contudo, devendo sempre atender o melhor interesse da criança em seus direitos.

A guarda compartilhada, por sua vez, de acordo com a definição do artigo 1.584, § 1º, do Código Civil, é “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

O princípio do melhor interesse do menor pode ser traduzido com todas as condutas devem ser tomadas levando em consideração o que é melhor para o menor. Lembrando que, nem sempre o que é melhor para o menor, é o que ele deseja.

O poder familiar consiste no plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes.

No presente estudo, analisa-se a guarda compartilhada, principalmente os seus aspectos decorrentes da ruptura da sociedade conjugal, quando litigantes os genitores. O instituto da guarda compartilhada foi introduzido expressamente no ordenamento jurídico, pela lei N° 11698/2008, alterando o Código Civil, prevendo como dispositivo mais polêmico e controverso o § 2º do art. 1584, CC, que tornou regra o que antes era uma exceção; estabelecendo que ausente acordo entre os pais, será aplicada a guarda conjunta, tendo em vista que a guarda, enquanto desdobramento do poder familiar deve ser fixado nas hipóteses de ruptura da união conjugal. Destaca-se, por oportuno, a existência de entendimento jurisprudencial e doutrinário, no sentido da impossibilidade do deferimento da guarda compartilhada quando inexistente um relacionamento harmonioso entre os pais.

Lado outro, vislumbra-se as consequências da guarda compartilhada, nos variados institutos do Direito das Famílias, considerando-se que o paradigma na primazia do interesse do menor, deve ser norteador de toda

pesquisa, interpretação normativa, bem como das decisões judiciais que envolvam a figura dos infantis.

Como metodologia adotei a pesquisa teórico dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrinas e a investigação da legislação e jurisprudência aplicadas ao tema.

No que tange aos setores de conhecimento, tem-se que a pesquisa em tela possui uma visão transdisciplinar, uma vez que abarca dois importantes ramos do direito, quais sejam, o Direito Civil e Direito Constitucional.

A monografia, cujo projeto ora se apresenta, está dividida em 3 capítulos, o primeiro capítulo será destinado a apresentar breves considerações acerca do Instituto da Guarda Compartilhada.

O segundo capítulo trará uma análise dos aspectos jurídicos e da tutela da Guarda Compartilhada.

Por fim, no terceiro e último capítulo abordado a respeito dos aspectos psicológicos e sociais da Guarda Compartilhada e seus reflexos na sociedade.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, têm-se as ideias sustentadas por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os quais sustentam que:

Na esmagadora maioria dos casos, quando não se figura possível a celebração de um acordo, muito dificilmente, poderá impor o compartilhamento da guarda pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, coloca em risco a integridade dos filhos. Por isso em situações excepcionais em que o juiz, a despeito da impossibilidade do acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá então, mediante acompanhamento psicológico impor a medida.¹

Fica evidente, assim, que deve ser feita uma interpretação teleológica e não somente literal do art. 1584 §2º do C.C., visto que a guarda compartilhada não deve ser aplicada sem que antes haja um estudo que respalde sua fixação sendo esta de melhor interesse para o menor.

Desta feita, considerar-se-ia um grande erro impor a guarda compartilhada como regra geral sem a existência de acordo entre os pais sobre ela, pois seria enorme o risco de frustração dessa medida.

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2011, pág. 600

Nesta hipótese, uma vez que tal medida exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, bem como condições favoráveis de atenção e apoio, na formação da criança e sobremaneira real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, é necessário aplicar a guarda compartilhada somente quando presentes estes requisitos, atendendo assim, ao Princípio do melhor interesse do menor.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Com o propósito de melhor entender a matéria em testilha deve-se adentrar na explanação de alguns conceitos essenciais a temática, assim vejamos:

Poder Familiar

A expressão “poder familiar” é uma expressão nova, sendo a atual correspondente ao antigo pátrio poder, termo que alude ao direito romano: *pater potestas*- direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos².

Pela análise do exposto acima, é possível identificar o caráter machista embutido na conotação do vocábulo pátrio poder, visto que menciona o poder *do pai* em relação aos filhos. Todavia, com a reação do movimento feminista, surge um novo termo: poder familiar.

Tem-se que tal poder é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias, qual seja, poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.

Segundo Maria Berenice Dias, “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da sócio afetiva. As obrigações que delem fluem são personalíssimas”³.

² RODRIGUES, 2011, p.423.

³ DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 4. ed. rev.atual. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. p. 425.

Guarda Compartilhada

Tida como uma das manifestações do Poder Familiar, a guarda (art. 1634, do CC, *in fine*), pode ser unilateral ou compartilhada (art. 1583). Vejamos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II - saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

III - educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Segundo ensinamento de Fábio Ulhoa, na guarda compartilhada, que é objeto de estudo no presente trabalho, os dois pais continuam a titularizá-la, mesmo após o desfazimento da sociedade conjugal. De modo que nesta hipótese, o filho tem duas residências, uma com o pai, outra com a mãe (COELHO, 2010, p.124).

Nesse diapasão, tem-se que nenhum dos pais tem, propriamente o direito de visitas, sendo que visando o bem estar do menor, é essencial que seja combinado previamente o momento de convivência com cada um dos descendentes.

Ressalta-se, todavia, a respeito de tal espécie de guarda que, sua eficiência depende do elevado grau de cooperação entre os cônjuges separados ou divorciados, de sua maturidade em sobrepor sobre seus próprios interesses, os interesses do filho.

Melhor Interesse do Menor

No que diz respeito aos interesses do menor como finalidade precípua da guarda compartilhada, pondera Rodrigo da Cunha Pereira:

É comum vermos os filhos tornarem “moeda de troca” dos pais no processo judicial. A ordem jurídica começou a perceber a necessidade de separar figura conjugal da figura parental [...]. Muito pertinente, por isso a discussão acerca do cabimento da guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio. Este novo arranjo familiar atenderia aos Princípios do Melhor Interesse do Menor? A guarda compartilhada é um modelo novo cuja proposta é a tomada conjunta de decisões mais importantes em relação à vida do filho mesmo após o término da sociedade conjugal [...]. O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança, e por seu turno, um dever fundamental dos pais. A convivência nesse ínterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, e educar. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1632 do Código Civil de 2002, por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir, que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores- desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone.⁴

Vê-se, portanto, que o princípio do melhor interesse do menor vem para garantir os direitos inerentes a este, de modo que lhe seja assegurado o pleno desenvolvimento, bem como sua formação cidadã, impedindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança, já que o menor a partir do entendimento de tal princípio ganha status de parte hipossuficiente, devendo por tal motivo, ter sua proteção jurídica maximizada.

Discricionariedade do Magistrado

É, portanto, tendo em vista o melhor interesse do menor, que se faz necessário adentrar na inovação trazida pela Lei nº 11.698/08, no âmbito da redação do art. 1584, §2º do Código Civil, a ver:

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.134/135.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008) (...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Tal dispositivo pretendeu afastar a guarda unilateral como regra geral, substituindo-a pela guarda compartilhada.

O supracitado dispositivo é claro no sentido de referir-se à discricionariedade do juiz no exercício de suas funções deliberativas, atribuindo-lhe a responsabilidade de sempre que possível fixar o modelo de guarda compartilhada, no caso de não haver o acordo entre os pais.

Contudo, deve-se ter em vista, para uma correta utilização do instituto, a expressão “*sempre que possível*”, de modo que deve o juiz valer-se de seu poder discricionário, ao fazer uso do que estabelece o §2º, do art. 1584, atentando-se para o fato de que para que tal medida não reste frustrada, faz-se necessário analisar previamente a maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensando pelos pais, fazendo, assim, com que seja preservado o princípio do melhor interesse do menor por meio de uma correta interpretação e aplicação da guarda compartilhada.

Capítulo I – GUARDA COMPARTILHADA DE FILHOS

1.1 Noções introdutórias

O poder familiar é caracterizado como uma forma de proteger os menores, por meio da ação dos pais no exercício de seus direitos e no cumprimento de seus deveres em relação à pessoa e bens do(s) filho(s) menor(es).

Segundo explica os doutrinadores, o poder familiar é uma extensão do antigo conceito denominado "pátrio poder", definindo como o conjunto de direitos e obrigações sobre a prole, decorrente de uma relação conjugal ou somente sexual, ou ainda de uma adoção. Talvez até mais obrigações, em grau igualitário, entre pai e mãe.

Importante salientar o conceito de poder familiar em sua origem, trazendo uma visão comparativa do conceito tradicional e o contemporâneo. Passa-se ainda nesse estudo por uma exposição histórica sobre a "origem do poder familiar", o conceito de "pátrio poder", bem como a perda e extinção do poder familiar, conforme a autora trata a seguir:

O poder familiar é muito mais uma obrigação dos pais para com os filhos e seus bens, do que um direito. O direito é da prole, de receber, de quem a gerou ou adotou os cuidados de que necessita. O cumprimento desse direito tem apoio no ordenamento jurídico e é supervisionado pelo Estado.⁵

César Fiúza conceitua poder familiar do seguinte modo:

Poder familiar é o antigo pátrio poder ou patria potestas. É o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bem dos filhos, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições. Por ser exercido por ambos os pais em regime de igualdade de condições, não seria, atualmente,

⁵ SILVA, Ana Maria Milano. **Lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.34.

adequada a expressão pátrio poder, que foi substituída por poder familiar pelo Código Civil de 2012.⁶

Em linhas gerais, pode-se dizer que o poder familiar é fiscalizado pelo Estado e por ele imposto aos pais em relação aos filhos, para controlar a relação destes, assegurando o cumprimento e o respeito devido à lei e os seus limites.

A Carta Magna, em seu artigo 226, §5º, estabelece que os limites dessas relações devem ser orientados com base no princípio da igualdade: "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", o que tem base também no Código Civil no artigo 1.566, inc. IV.

O art.15 do Estatuto da Criança e do Adolescente versa sobre os direitos do menor nas relações inerentes ao Poder Familiar, apontando este como possuidor dos direitos de um conjunto de aspectos afetivos, tais como: do integral desenvolvimento, filiação, respeito, intimidade, etc.

O termo guarda tem origem no exercício do poder familiar. Nas palavras de Cezar Fiúza, este é um termo grosseiro, visto que afirma posse, e a rigor, não se pode dizer que uma pessoa exerce posse sobre outra.

Como a lei faz uso do termo posse de fato para se referir à guarda, consoante o disposto no art.33 § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, temos o entendimento de que a guarda, em termos genéricos, é o lado material do poder familiar, é a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes.

Pode-se, ainda, fazer distinção entre guarda e mera companhia. Esta é a relação física em que uma pessoa encontra-se junto á outra. Deste modo, tem-se que, na guarda está, em regra, contida a ideia de companhia, ou seja, aquela abrange esta.

⁶ FIÚZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo**. 8. ed. ver. atual. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.p.972.

1.2 Guarda

Preliminarmente, tem-se que o termo guarda, segundo expõe Maria Berenice Dias é o "ato ou afeto de guarda, vigilância, cuidado, guardamento" ⁷. Tal conceituação associada com a definição dada por Grisard Filho ao termo guarda ("ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, amparo, de defesa de uma pessoa contra qualquer dano ou perigo"⁸), se ajusta exatamente ao que se pretende demonstrar no presente trabalho.

Todavia, tornando mais específico o conceito de guarda, direcionando-o a proteção e interesse de menores, de que trata este trabalho, entende-se da guarda de filhos, segundo Ana Maria Milano Silva, o exercício de um "poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facilitar, a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo"⁹ a favor de alguém.

Neste diapasão, verifica-se que a guarda não é só um exercício de poder delimitado pelo vínculo parental, como também abrange a sua submissão a uma determinação legal, daí então, Strenger se referir a ele como poder - dever.

O poder familiar vincula-se à guarda, por ser esta a forma para que seja ele exercido, garantindo a proteção dos direitos em seu sentido bastante amplo. Conforme expõe Grisard Filho, além da idéia de proteger, observar e vigiar abrange também o aspecto de administrar, obtendo daí um sentido tanto pessoal como patrimonial.

Nesse sentido ensina Ana Maria Milano Silva que, a guarda está vinculada ao poder familiar, e é compartilhado por ambos os genitores:

Numa separação, quem pede a guarda não pede o poder familiar, mas seu exercício efetivo, na prática, é

⁷ DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. 4. ed. rev. atual. Amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.p.362.

⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.54.

⁹ SILVA, Ana Maria Milano. **Lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.39.

do genitor guardião. O do outro fica restrito, embora repita-se, conserve todas as faculdades que decorrem do poder familiar, conforme o artigo 1.632 do CC, bem como o artigo 21 do ECA, mesmo quando transferida a terceiro, pois com os pais subsistem certas atribuições, como fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos e prestação de alimentos, que só desaparecem com a privação do poder familiar por determinação do juiz.¹⁰

A abrangência do termo guarda se define nos segmentos expostos por Milano Silva como o "ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo, assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações concorrentes" ¹¹.

Assim, é, portanto, um exercício conjunto, inerente ao poder familiar e compartilhando no convívio dos genitores, porém sendo em contrapartida, possível de ser exercido fora do poder familiar, sem prejuízo deste.

Por ser inerente ao poder familiar, a guarda tem a característica de poder, enquanto ato exercido pelos pais em relação aos seus filhos, contudo, como já vimos, tem também o aspecto de dever, sendo, inclusive, mais enfatizado do que o poder ou status de quem exerce a guarda, como ensina Eduardo de Oliveira Leite, nas afirmações de Milano Silva:

É antes um dever de assistência material e moral do que uma prerrogativa. Acarreta obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos. Embora o Código Civil tenha privilegiado a noção de direito, o Estatuto da Criança e do Adolescente imprimiu nova característica ao instituto, favorecendo a ideia de dever, em favor dos menores. ¹²

Entretanto, devem-se considerar as diversas situações englobadas na guarda dos filhos, que em determinadas circunstâncias, valorizam mais a companhia do que a guarda, porque esta pode ainda manter características dos conceitos trazidos pelo termo "pátrio poder", que traz consigo a ideia de

¹⁰ SILVA, Ana Maria Milano. **Lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.36.

¹¹ SILVA, Ana Maria Milano. **Lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: Atlas,2012.p.46.

¹² SILVA, Ana Maria Milano. **Lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: Atlas,2012.p.40.

determinação, posse, controle, enquanto que a tendência natural do menor é valorizar os conceitos menos exigentes.

Pretende-se ressaltar os atributos da guarda dos menores, não apenas como forma de controlar ou regular, mas no seu aspecto compartilhado, objetivo cerne deste trabalho, abordando a oportunidade de convivência e bem-estar, gerada pela relação pessoal não imposta, e firmada nos benéficos aspectos da companhia e convívio.

Nesse sentido Grisard Filho define a guarda como uma expressão das relações parentais centradas na convivência, por estar ligada ao poder familiar,¹³ nos termos dos artigos 1.634, inciso II do Código Civil, que diz ser competência dos pais, quanto à pessoa dos filhos menores "tê-los em sua companhia e guarda", e artigos 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art.21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art.22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.¹⁴

Tendo analisado aspectos importantes da convivência no ato da guarda, cabe ainda descrever que a cada aspectos legal se impõe um dever, implícito na relação pais-filhos, caracterizados pela companhia e bem-estar.

É isto o que determina o art.33, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando dispõe que "a guarda destina-se a regularizar a posse de fato".

Pelo referido dispositivo fica demonstrado que por mais voluntárias e não imposta que se deseje ser esse ato de guarda de menor, a lei é necessária para discipliná-la, a fim de assegurar o cumprimento pelos pais, na proteção,

¹³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.34.

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. (org.) Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente**. 5. ed. rev. Atual e amp. São Paulo: RT, 2010.

cuidado e defesa dos filhos, e tudo o que envolve o seu desenvolvimento educacional e pessoal, incluindo a administração de seu patrimônio.

1.3 Guarda Compartilhada

Para melhor compreensão do conceito de guarda compartilhada, há que se recorrer a considerações históricas, o que possibilitará observar como a sociedade tem mudado e evoluído no decorrer dos tempos.

Desta feita, analisando o ponto de vista histórico, o entendimento de Grisard Filho, traz uma explanação dos tempos do direito romano, de que:

O pátrio poder coluna central da família patriarcal era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O pátrio poder em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas, sem exemplo em outros povos¹⁵.

Na busca por uma definição do conceito de guarda compartilhada Ana Carolina Brochado Teixeira, busca através da co- responsabilidade a definição como se vê do trecho abaixo transcrito:

O que se constata é a presença marcante, no conceito ora esboçado da possibilidade do exercício conjunto da autoridade parental, como aspecto definidor da guarda compartilhada, pois que possibilita que os genitores compartilhem as decisões mais relevantes da vida dos filhos [...]. A sagrada relação parental é desatrelada da definição dos rumos da conjugalidade dos pais, garantindo aos filhos a vinculação do laço afetivo com ambos os genitores, mesmo após o esfacelamento da vida em comum. Em verdade, o real mérito da guarda compartilhada tem sido popularizar a discussão da coparticipação parental na vida dos filhos.¹⁶

¹⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.35.

¹⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p. 110.

Já o entendimento de Fiúza nos fornece bases para uma defesa clara da guarda compartilhada, já que defende um regime de igualdade de condições. Isso se comprova em seu pensamento quanto às consequências do exercício do poder familiar, competindo aos pais, igualmente, criar e manter os filhos, administrar seus bens, representando-os e assistindo-os, tendo em contrapartida o direito de exigir obediência, respeito e cooperação econômica.¹⁷

De acordo com Milano Silva, o conceito de guarda compartilhada deve ser visto como o modelo de coparticipação dos genitores, como sendo a relação que:

Permite aos filhos viverem em estreita relação com o pai e a mãe havendo uma coparticipação deles, em igualdade de direitos e deveres. É também uma aproximação de relação materna e paterna, visando ao bem-estar dos filhos. São benefícios grandiosos que essa nova proposta oferece as relações familiares, não sobrecarregando nenhum dos genitores e evitando ansiedades e desgastes.¹⁸

Contudo, deve ser observado que a guarda compartilhada implica exercício conjunto, simultâneo e pleno do poder familiar, afastando-se, portanto, a dicotomia entre guarda exclusiva, de um lado, e direito de visita, do outro.

Deste modo, a partir dessa medida, fixa-se o domicílio do menor na residência preferencial de um dos genitores, mas ao outro é atribuído o dever de continuar cumprindo intensamente o poder familiar, através da participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho, tais como estudo, saúde, esporte e lazer, o que vem a descaracterizar a figura do "pai/mãe de fim de semana".

Analisando com precisão o instituto da guarda compartilhada, a autora Maria Berenice Dias ensina:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam

¹⁷ FIÚZA, Cesar. **Direito civil: curso completo**. 8 ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹⁸ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: J.H. Mizuno, 2008 .p.59.

presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual.¹⁹

As discussões do tema são centradas nas diretrizes da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, conforme apresentada por Silva, que difunde a modalidade da Guarda Compartilhada como um instituto que ganhou força e adquiriu uma estrutura normativa com a evolução do pensamento jurídico expresso nos projetos de Lei, na "prática dos magistrados e na Lei na Guarda Compartilhada"²⁰, como se pode ver nos anexos de sua obra.

A opinião da referida autora sobre a Guarda Compartilhada é que "quando emerge o conflito, pelo rompimento do vínculo da convivência, a situação é completamente diversa e a guarda conjunta vem para minorar os efeitos do conflito instaurado sobre a pessoa do filho".²¹

Ela compreende, portanto, que os efeitos são para auxiliar no momento de conflito, em relação aos filhos, que não têm culpa pelo fim do casamento. Portanto afirma a autora que:

Efetivamente o fator primordial que viabiliza, de plano, a aplicação da guarda compartilhada é a maneira como os genitores se relacionam após a ruptura da união conjugal. Assim, mais tranquilamente assumirão em conjunto a tarefa de permanecerem como pai e mãe, no plano exercício do poder familiar, tornando as decisões a respeito da vida de seus filhos.²²

¹⁹ DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. 4. ed. rev. atual. Amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2007. p. 361-362.

²⁰ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2012.p.193.

²¹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2012.p.105.

²² SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2012.p.110.

No entanto, existem opositores em relação a tais entendimentos ao analisar alguns efeitos da Guarda Compartilhada em situações específicas de litígios, porque o que se implanta para o bem do menor, pode reverter-se em grandes prejuízos. Essa compreensão é descrita por Grisard Filho, se não vejamos:

Pais em conflitos constantes, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro, contaminam o tipo de educação que proporcionam aos filhos e, nesses casos, os arranjos da guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.²³

Isso não significa que Grisard Filho não concorde com os benefícios da Guarda Compartilhada, porém, manifesta-se contrário a sua aplicação em alguns casos de litígios e discórdia dos casais, em que o instituto acaba se tornando ineficaz e prejudicial. O autor se posiciona favorável ao instituto da guarda compartilhada, ao afirmar que:

A guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais (...) oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seus destinos.²⁴

Essas afirmações mostram a necessidade da participação comum e equilibrada dos genitores, em face da separação conjugal. A Lei 11.689/08, em prol do melhor interesse do menor, aponta para a necessidade de que os magistrados apliquem com preferência a guarda compartilhada, fornecendo para isso as explicações sobre o significado do instituto e se preciso for, a ajuda de profissionais para mediação, em busca do consenso nas situações de conflitos, para que haja a aplicação, se possível, do referido instituto.

Grisard Filho inclusive advoga a necessidade da guarda compartilhada como uma concordância de direitos a serem compartilhados, de forma igual, não tendo a guarda idéia de posse, mas de responsabilidade alternadas em períodos determinados.

²³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.176.

²⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p.180.

É notório salientar que a aplicação da guarda compartilhada depende da disponibilidade dos pais em está mantendo um compromisso de "cooperar um com o outro na tomada de decisões", buscando "atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento", mantendo-se sempre ambos envolvidos na criação dos filhos.

Como é cediço, inúmeros são os efeitos traumáticos provocados pela dissolução do casamento/união estável no desenvolvimento psíquico dos filhos menores e um deles, notadamente, é a perda de contato frequente com um dos seus genitores.

Nesse sentido, verifica-se que a guarda compartilhada pretende evitar esse indesejado distanciamento, incentivando, ao máximo, a manutenção dos laços afetivos entre os envolvidos, afinal de contas pai (gênero) não perde essa condição após o fim do relacionamento amoroso mantido com o outro genitor (gênero) do seu filho, nos termos do art. 1.632 do Código Civil.

Diante disso, salienta-se que o instituto da guarda compartilhada surge como o modelo que melhor possibilita o ambiente de cooperação e ameniza os conflitos de uma separação.

É certo, todavia, que a guarda compartilhada não elimina, por exemplo, a clássica obrigação de pagamento de pensão alimentícia a ser assumida por um dos genitores.

Não obstante, ela vise essencialmente ampliar os horizontes da responsabilidade dos pais, fomentando, em verdade, uma corresponsabilidade, uma pluralidade de responsabilidades na educação do filho, enfim, uma colaboração igualitária na condução dos destinos do menor.

1.4 Evolução Histórica da Guarda Compartilhada na Legislação brasileira

O instituto da guarda compartilhada acompanha um percurso histórico e evolui de acordo com as necessidades temporais e culturais, ao longo dos tempos. Os diversos diplomas legais do nosso ordenamento jurídico caminharam na perspectiva de demonstrar a necessidade de mudanças nos modelos de guarda, como aconteceu no caso do Estatuto da Criança e do

Adolescente, que despontou como uma preferência em prol do melhor interesse do menor.

O princípio maior que rege a prática da guarda compartilhada é o definido pela nossa Carta Magna, que imprime a necessidade da guarda compartilhada, como afirma primeiramente e em sentido genérico o art.5º, nas afirmações de igualdade de direitos entre homens e mulheres e em § 5º, do art. 226, de uma forma específica á sociedade conjugal, como pode-se observar:

Art. 5º (...)

I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição; Art.226

(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal. (...) ²⁵

Em termos mais remotos, a guarda era entregue ao cônjuge inocente e determinava a responsabilidade de sustento do menor, como trata o art.90, do Decreto 181, de 1980, citado por Silva, que assim se referia:

Art.90 — A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre. ²⁶

Em 1917, quando entrou em vigor o anterior Código Civil, no seu artigo 325, mandava que na ocorrência de dissolução amigável de um casamento se respeitasse "o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos" e, no artigo 326, estipulava que fosse observado, com rigor, se a ruptura fosse gerada por culpa de um ou de ambos os cônjuges e a idade e sexo dos filhos.

Com o surgimento do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, definiu-se sobre a proteção e organização da família. Esse decreto regulou, no seu art.16, a guarda do filho natural, determinando que o mesmo ficasse com o

²⁵ MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.2086.

²⁶ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2012.p.65.

progenitor que o reconheceria e, sob o poder do pai, caso ambos o tivessem reconhecido, também delegava ao juiz arbítrio para decidir de modo diverso, se o interesse do menor assim exigisse. O referido artigo foi depois modificado pela Lei 5.582/70, a qual determinou que:

O filho natural, quando reconhecido pelo pai e pela mãe, ficasse sob a guarda da mãe, não do pai, a não ser que fosse prejudicial para o menor, ou caso necessário, deveria ocorrer a colocação do menor sob a guarda de alguém idôneo da família de qualquer um dos pais.²⁷

Outras alterações foram marcadas, quando pela promulgação do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, contemplando a guarda dos filhos e conservando o que se referia ao desquite de consenso, alterando disposições relativas ao divórcio litigioso.

Essa lei motivou, em relação à guarda, alterações, ficando os filhos menores sob a guarda da mãe. No arbítrio do juiz foi incluído que, no caso de verificar que nenhum dos progenitores teria condições para a guarda, a mesma poderia ser referida a pessoa idônea da família de qualquer um dos cônjuges, assegurando aos pais o direito de visitas.

Outro passo importante na evolução do nosso ordenamento jurídico foi a Lei 6.515/77- mais conhecida com lei do divórcio, que trabalhou mais a questão do consenso, o que se verifica no art.9 da referida lei: "No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos".²⁸

O que distingue a Lei do Divórcio em relação a guarda dos filhos é que na dissolução consensual continuaria valendo o combinado entre os cônjuges e não consensual, estabeleceu-se que o destino dos filhos menores seguiriam aspectos peculiares a modalidade da dissolução, como diz o art. 5º, caput, os filhos ficariam com o cônjuge que não deu causa á dissolução. Podendo ainda o juiz usar de sua discricão para estabelecer o que fosse melhor para o menor.

²⁷ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2012.p.42.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. (org.) **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Lei do Divórcio. 5 ed. rev. Atual e amp. São Paulo: RT, 2003.p.122.

Com a vigência do Novo Código Civil, as regras são mantidas, de conformidade com os art.1.583 a 1.590, abolindo, no artigo 1.583, o critério da culpa pela separação, que impedia o genitor, que deu causa a separação, de ficar com a guarda dos filhos.

Seguindo essa evolução, a mais recente iniciativa legal, através da lei 11.698/08, de 13 de junho de 2008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, fazendo referências explícitas a guarda compartilhada, afirmando que ela poderá ser requerida, por consenso entre os pais, bem como decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, respeitando como ponto primordial o melhor interesse do menor num tudo.

O sentido da promulgação dessa nova lei é a definição da guarda compartilhada como um sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material emergente do poder familiar, como demonstra Milano Silva.²⁹

Conclui-se, desta maneira, que se trata de um estímulo ao modelo de guarda caracterizado pelo compartilhamento das responsabilidades, e que deverá ser adotada sempre que possível, e no caso de não haver acordo, será estabelecido um modelo pelo juiz, que deverá levar em conta o melhor interesse do menor sempre.

²⁹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo:J.H.Mizuno, 2012.p.98.

CAPÍTULO II - A GUARDA COMPARTILHADA E AS ALTERAÇÕES DA LEI nº 11.698/08

Como já mencionado em trechos esparsos deste trabalho, a recente Lei nº 11.698/08 instituiu expressamente no ordenamento jurídico pátrio o instituto da guarda compartilhada. Embora sancionada em 13 de junho de 2008 e publicada no Diário Oficial da União em 16 de junho do mesmo ano, a referida lei somente entrou em vigor no País 60 (sessenta) dias após a citada publicação, por força da *vacatio legis* instituída no seu artigo 2º. Neste capítulo, pretende-se analisar os dispositivos do Código Civil alterados por esta lei para demonstrar que ela, embora contenha algumas falhas, deve ser muito bem recebida pela comunidade jurídica nacional. Primeiramente, a lei acrescenta o § 1º ao art. 1.583, trazendo no seu bojo o conceito de guarda compartilhada, que de acordo com Grisard Filho:

Compreende-se por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob mesmo teto concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.³⁰

Nota-se que o conceito alhures transcrito, praticamente em sua íntegra, vai de encontro com o conceito já apresentado neste trabalho. Não obstante, o conceito legal possui uma falha que merece ser apontada, ainda que de passagem: ele restringe o exercício da guarda compartilhada aos pais, vedando a utilização deste instituto por outras pessoas que eventualmente venham a cuidar dos menores, vedação esta que se distancia do conceito moderno de família, onde os vínculos de parentesco são muito menos jurídicos, muito mais afetivos (parentesco sócio afetivo).

Nesse sentido, registre-se que o Professor Sérgio de Magalhães Filho, em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), noticia interessante caso julgado pela Justiça paulista antes do advento da lei em que se permitiu o

³⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p. 129.

exercício compartilhado da guarda entre a mãe e o tio materno e padrinho de um menor. Nesse mesmo artigo, o autor registra a tendência da jurisprudência pátria de permitir que a guarda compartilhada seja exercida também por terceiros, como se vê do aresto a seguir reprisado:

GUARDA DE MENOR PEDIDO FORMULADO PELO PAI MENOR COM 5 ANOS DE IDADE. QUE VIVE SOB A GUARDA DE FATO DE UMA TIA Interdição da mãe do menor, por deficiência mental Curadoria exercida pela irmã, guardiã de fato do menor. Concessão da guarda do pai não recomendada. Manutenção do menor junto à guardiã e à mãe. Solução que melhor atende, no momento, aos interesses do menor. Ação julgada procedente. Recurso provido (TJSP, Apelação Cível 111.249-4. Rel^a Zélia Maria Antunes Alves, j 21.02.00).

A nosso sentir, para que não seja afastada a possibilidade de guarda compartilhada ora em apreciação, não deve ser feita uma interpretação restritiva ou taxativa do art. 1.583, § 1º do Código Civil, mas sim extensiva; permitindo-se, portanto, a participação de terceiros nesta modalidade de guarda, conforme já consagrado pela jurisprudência. Com esse fim, o dispositivo em questão deve ser lido ao lado do teor do art. 1.584, § 5º (antigo art. 1.584, parágrafo único), segundo o qual:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, definirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.³¹

Prosseguindo na análise da novel legislação, verifica-se que o art. 1.584 do Código foi profundamente alterado por ela. Em um primeiro momento, afirma-se que a guarda compartilhada (ou unilateral também) pode ser decretada por requerimento consensual dos pais ou de qualquer deles (inciso I: 'requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou qualquer deles, em ação

³¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Segredo de Justiça. **Agravo interno N° 70010991990, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do SP, ReP.** Zélia Maria Antunes Alves, Julgado em 21/02/2000. Disponível em: http://www.tj.sp.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php Acessado em 08/10/2014.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. (org.) **Lei n° 3.071 de 1º de janeiro de 1962.** Código Civil 5 ed.rev. atual e amp. São Paulo: RT, 2010.p.1.129.

autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar") ou ainda judicialmente (inciso II): "decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe".

De fato, a redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil é, sem dúvida nenhuma, a maior inovação trazida pela Lei nº 11.698/08. Em verdade, tal dispositivo pretendeu afastar a guarda unilateral (mesmo aquela exercida por "quem revelar melhores condições", como afirmava o antigo art. 1.584, parágrafo único) como regra geral, substituindo-a pela guarda compartilhada.

É com esse raciocínio que deve ser lida a expressão "sempre que possível", indicada no art. 1.584, § 2º, ou seja, em caso de inexistência de acordo entre os pais sobre a guarda do filho, valerá a regra geral da guarda compartilhada, sempre que a mediação previamente feita conseguir semear terreno fértil para a sua consecução, conseguir que o conflito existente entre os genitores, se não for solucionado, pelo menos não interfira no cumprimento conjunto do poder familiar; em não acontecendo tal êxito, aí sim a guarda compartilhada não será possível, devendo ser aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, com os ditames estipulados pelo já citado § 5º do art. 1.584.

Retomando o raciocínio, constata-se que, com a finalidade de reforçar o posicionamento ora exposto, o art. 1.584, § 3º, assevera que "Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar". Assim, na hipótese do art. 1.584, § 2º, antes da aplicação da guarda compartilhada, deve ser realizada necessariamente a mediação interdisciplinar. A nosso ver, quando o dispositivo afirma que o juiz poderá, na verdade, está a criar um poder-dever para ele, ou seja, desde que imprescindível (caso do art. 1.584, § 2º), o magistrado tem o dever de determinar a prática da mediação interdisciplinar, tanto assim que é possível a sua atuação de ofício, sem qualquer tipo de violação ao princípio da inércia.

Aliás, por faltarem conhecimentos técnicos ao juiz para resolução de conflitos deste, não poderia ser outra a alternativa proposta pela lei a não ser impor a prática da mediação interdisciplinar como etapa prévia da aplicação da

guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais sobre esta matéria. Em síntese, é positiva a modificação patrocinada pela Lei nº 11.698/08 ao substituir a regra geral da guarda unilateral a quem revelar melhores condições para exercê-la (antigo art. 1584, parágrafo único) pela guarda compartilhada (atual art. 1584, §2º), por ser essa medida a que mais atende ao princípio do melhor interesse do menor, todavia deve ser analisado o contexto familiar para que tal medida seja aplicada.

Assim, na hipótese de não haver acordo entre os pais sobre tal medida ela será aplicada, “sempre que possível”, ou seja, sempre que for proveitosa a mediação interdisciplinar, a qual deverá ser determinada pelo magistrado.

Entretanto, se não houver sucesso na mediação, será aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, obviamente a quem revelar compatibilidade desta medida, nos termos do art. 1584, §5º, tudo em atenção ao melhor interesse do menor.

Embora a lei em análise deva ser comemorada pela comunidade jurídica nacional, ela comete um grave erro ao determinar que o art. 1584, §4º, tenha a seguinte redação:

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.³²

Ora, esse dispositivo fere de morte o princípio do melhor interesse do menor, pois se preocupa muito mais em punir uma conduta irregular dos pais do menor, ignorando que essa punição, na verdade, prejudicará sensivelmente o desenvolvimento do filho, que perderá tempo precioso de convívio com seus genitores.

Concluindo, não obstante suas falhas, as quais, devem ser apontadas para aprimorando da sua aplicação, a Lei nº 11.698/08, por tudo quanto discutido neste trabalho deve ser bem recebida pela comunidade jurídica nacional.

³² CAHALI, Yussef Said. (org.) **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1962**. Código Civil. 5 ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 2010. p. 1131.

2.1 O melhor interesse do menor

Segundo Silva a palavra “interesse” engloba uma gama variada de sentidos, absorvendo os interesses materiais, morais, emocionais e espirituais do filho menor, não se podendo esquecer de que cada caso é um caso e deve seguir o critério de decisão do juiz.³³ A explanação dessa autora mostra que a noção de interesse traduz de forma mais clara a evolução do direito de família em direção ao abandono de um modelo familiar único e transcendente em proveito do reconhecimento da diversidade social e das situações individuais, sua indefinição se revelando como o sinal evidente de uma diluição da norma.

Na visão do autor Rolf Madaleno o princípio do melhor interesse do menor, tem sua aplicação garantida constitucionalmente, devendo ser respeitado a todo tempo. Podendo ser entendido como:

O meio de proteger os direitos do menor em um todo. ressaltando os seus direitos em primeira linha de interesse, por se trata de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade. Reputando-se inconstitucional a aplicação de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevaletentes da criança.³⁴

A formação do pensamento que torna superior o interesse da criança em relação aos outros interesses, é preceito antigo, que evoluindo toma forma defendida pelos nossos diplomatas legais. A Constituição Federal, em seu artigo 227, assim afirma:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

³³ SILVA. Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: J.H.Mizuno. 2012 p.49.

³⁴ MADALENO. Rolf Hanssen. **Curso de direito do família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.p.97.

comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.³⁵

Pela ênfase do termo “absoluta prioridade”, pode-se entender a importância do melhor interesse do menor, nos termos da nossa Carta Magna, o qual abrange não somente a provisão material, mas também os aspectos psicológicos no que se refere aos direitos de liberdade, respeito e convivência. As crianças não podem sofrer as consequências da desunião do casal, que pelo litígio comprometem a continuidade dos cuidados que recebiam antes da ruptura familiar. Para isso se enfatiza a necessidade de prevalecerem os interesses dos menores após a dissolução conjugal. É para isso que se deve priorizar o interesse do menor, conforme Ana Carolina Silveira Akel afirma:

No intuito de prevalecer sempre os interesses dos menores, isso é. seu bem-estar físico e emocional, os genitores devem saber respeita¹ seus direitos, quais sejam: as visitas e os alimentos.³⁶

É desse equilíbrio que se faz necessário nos momentos litigiosos, criando-se a oportunidade de inserir com prioridade nas discussões e conciliações, os interesses dos menores. Neste sentido, Silva esclarece que o interesse do menor é “primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental e se questionar a existência dos direitos dos pais”³⁷. Da forma como existia antes da ruptura, o interesse da criança era o de ser educado pelos dois pais. Na visão da continuidade desse interesse, os direitos tendenciosos dos pais serão questionados nos momentos da discussão litigiosa.

Há que se lembrar ainda de que todo esforço deve ser feito em todos os âmbitos, inclusive nas decisões dos tribunais, no sentido de privilegiar o melhor interesse da criança, o que é exaustivamente pregado pelas normas jurídicas.

³⁵ MORAIS. Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed São Paulo : Atlas, 2004.p.2087.

³⁶ AKEL. Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2.ed. São Paulo: Atlas.2009.p.64.

³⁷ SILVA. Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: J.H.Mizuno. 2012 p.49.

Esse princípio é divulgado no Decreto nº 99.710/90, em seu art.31, confirmando as afirmações da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, assim preceitua:

Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.³⁸

O Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma esse entendimento, no que se refere às decisões do dia-a-dia que incluem educação, saúde, religião, procedimentos médicos eletivos, questões psicológicas, atividades extracurriculares, férias, entre outras, que muitas vezes tem impacto decisivo no desenvolvimento sócio emocional da criança, afetando sua saúde e bem-estar.

É importante para a criança a prevalência do interesse do menor, mais ainda no momento da dissolução dos vínculos conjugais, como afirma Silva: Vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, fortalece a autoestima da criança, dando-lhe o sentimento de que suas necessidades não foram negligenciadas após o divórcio'.³⁹ Esse ambiente fortalecido provido pelo interesse superior da criança, gozado no modelo da guarda compartilhada, é o que melhor serve à criança, possibilitando maior contato com os pais separados, providenciando maior qualidade de sua educação, saúde e desenvolvimento como um todo.

Comentando sobre o princípio do melhor interesse do menor como finalidade precípua da guarda compartilhada. Rodrigo da Cunha Pereira pondera:

É comum vermos os filhos se tornam moeda de troca' dos pais no processo judicial. A ordem jurídica começou a perceber a necessidade de separar a figura conjugal da figura parental [...]. Muito pertinente, por isso. a discussão acerca do cabimento da guarda

³⁸ BRASIL. **Decreto 99.710**. Disponível em: www.assembleialegislativa.gov.br. Acesso em 21 de outubro de 2014 às 15:00 horas.

³⁹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo J.H.Mizuno, 2012. p-101.102.

compartilhada no ordenamento jurídico pátrio. Este novo arranjo familiar atenderia aos Princípios do Melhor interesse do Menor? A guarda compartilhada é um modelo novo. cuja proposta é a tomada conjunta de decisões mais importantes em relação a vida do filho, mesmo após o término da sociedade conjugal [...]. O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e. por seu termo. um dever fundamental dos pais. A convivência, neste íterim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além. ou seja, participar, interferir, limitar, educar. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugal idade. por força do art. 1 632 do Código Civil de 2002, por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores - desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone.⁴⁰

A abordagem do reequilíbrio dos papéis parentais, provida pelo modelo da Guarda Compartilhada, é necessária para o convencimento de que é modelo que busca o superior interesse do menor. Esse entendimento deve ser fiscalizado pelos magistrados no momento de lidar com os que disputam a guarda dos menores, constituindo um momento oportuno para expor os benefícios da opção pela guarda compartilhada. A desigualdade começa no exercício dos papéis dos pais ao tomarem consciência de que os institutos maternais e paternais podem ser exercidos conjuntamente, sem prejuízos do ser, ou seja, o homem ao participar da educação dos filhos em igualdade com a mulher, não perde por isso a sua masculinidade, podendo estabelecer uma parceria como afirma Grisard Filho:

Atualmente, procura-se estabelecer a corresponsabilidade parental. uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. Deve ele saber que não ô causa disso, mas sobre ele caem os efeitos.⁴¹

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito do Família**. Belo Horizonte. Del Rey.2006, p. 134-135.

⁴¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 p 119.

A questão da prevalência do interesse dos menores é o principal objetivo da guarda compartilhada, por ser um modelo que visa o exercício da autoridade parental. No momento em que a família sustenta um ambiente equilibrado física e espiritualmente, não há nenhum prejuízo ou perturbação do bem-estar dos menores.

A rotina de vida dos menores é o que mais sofre com as dissoluções dos vínculos conjugais, a criança deve ser mantida numa situação de equilíbrio, em três âmbitos: o continuum afetivo, que visa à continuidade das ações afetivas direcionadas aos menores antes da ruptura conjugal. Em segundo lugar o continuum espacial, para estabilizar a residência, dando condição para que prevaleça o melhor interesse do menor no que se refere à sua moradia, e por fim, o continuum social, que visa à preservação do círculo de amizade e interações que os menores tinham antes da dissolução do vínculo conjugal.

Com base nesses cuidados é que se deve buscar a adequação dos interesses e direitos dos pais, direcionando-os ao melhor interesse das crianças, incentivando-se todos os meios de convencimentos dos pais. Para amenizar a dor e sofrimento daqueles que inocentemente estão envolvidos na dissolução conjugal.

2.2 A questão social

O mundo moderno sofreu diversas mudanças trazidas pela evolução industrial e a diversificação do mercado de trabalho, que se tornou muito mais acessível às mulheres, que ganharam espaço em vários setores.

No mundo pós-moderno, mudaram-se ainda mais as estruturas familiares, porque alguns valores como o significado da própria instituição familiar se enfraqueceu, abalando costumes que antes eram sustentáculos da família. Pode-se dizer que o advento das facilidades tecnológicas trouxe muitos benefícios, mas também é a causa de distanciamento dos relacionamentos familiares.

Pelas razões expostas, pode-se afirmar que circunstâncias sociais afetam a família, minando suas forças e em função das buscas pela solução

financeira, os pais tentam substituir sua presença com os filhos, presenteando-se com novidades, e ainda faltando com o ensino de valores necessários ao equilíbrio familiar.

2.3 As transformações sociais

A necessidade do modelo da guarda compartilhada é influenciada pelos aspectos sociais da atualidade. Conforme expõe Silva: “Os papéis tradicionalmente reservados a mãe e ao pai na sociedade conjugal estão sofrendo alterações devidas à evolução da família”.⁴² Segundo expõe a autora, as modificações sociais têm consequências no que diz respeito ao papel da mulher, que evoluiu em face de sua intensa inserção no mercado de trabalho. Assim sendo, as estruturas da família também sofreram modificações, razão porquê a guarda única pela mãe e o sistema de visitas do pai são questionados, pois os papéis paternos e maternos não são mais distintos no seio familiar.

Em função das mudanças sociais, também se mudam as propostas jurídicas no caso de separação conjugal, buscando-se aplicar a guarda compartilhada porque serve melhor ao interesse das crianças, prevalecendo a participação igualitária de deveres e privilégios, o que melhor se adapta ao *modus vivendi* do mundo pós-moderno. A afirmação de Vicente Barreto confirma essa necessidade igualitária, atendida somente pela proposta da guarda compartilhada:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores, refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes, quanto ao bem-estar dos filhos e frequentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única.⁴³

⁴² SILVA. Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: J.H.Mizuno. 2012.p.50.

⁴³ BARRETO. Vicente (coord). **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados**. Colaboração de Sérgio Eduardo Nick. 'A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.p.135.

A lei buscou paridade nas funções familiares, para atender ao melhor interesse dos menores. A abrangência da aplicação da lei que antes, adaptava-se às tendências históricas de privilegiar de forma unilateral ao pai ou a mãe, passou a propor a guarda compartilhada, por força das próprias necessidades sociais, como resposta mais eficaz à continuidade das relações dos menores com sua família. O entendimento de que a legislação deve acompanhar as mudanças sociais é uma preocupação explanada por Silva:

A família sempre mudou através dos tempos e continuará a se modificar. Grandes transformações socioeconômicas alteram as estruturas familiares e criam novas formas e modalidades, que precisam ser atacadas pela legislação, de molde a evitar um grave descompasso entre o direito de família e a realidade da população”⁴⁴.

O acompanhar das mudanças é o que se espera da legislação brasileira em face da nova estrutura familiar que tomou a família. Não se podem permanecer-nos mesmos moldes dos tempos em que a família convivia com o fato de que o pai era o único provedor do lar e o único que saía para o trabalho, ficando a mãe a cuidar exclusivamente das tarefas domésticas. A família sofreu mudanças e modificou essa estrutura, na qual todos se engajam no mercado de trabalho e passam a prover as necessidades familiares. Concordando com essa evolução afirma Silva que com o ingresso da mulher no mercado de trabalho:

Com a revolução sexual dos anos setenta e o ingresso da mulher no mercado de trabalho, nova alteração ocorreu nas relações familiares, pois ela também passou a exercer o papel de provedor da família e, assim, os cuidados com o lar e prole acabaram por sobrecarregá-la, surgindo a necessidade do marido em assumir mais responsabilidades dentro do lar inclusive em relação aos filhos. A ingerência do homem nos cuidados com a prole mostrou-se benéfica aos filhos.⁴⁵

⁴⁴ SILVA. Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo J.H.Mizuno. 2012.p.63

⁴⁵ SILVA. Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. Ed. São Paulo: J.H.Mizuno. 2012.p 66.

Essas mudanças justificam e canalizam para a escolha da guarda compartilhada como modelo que mais se enquadra às necessidades de continuidade das relações familiares após a dissolução conjugal. Uma vez que o pai assume responsabilidades internas na família, por conseguinte se torna mais presente, aumentando os vínculos dos relacionamentos com seus filhos. Esse aspecto da modernidade abre “uma nova e necessária reflexão nas decisões judiciais de guarda, quando do termino das uniões conjugais”⁴⁶, afirma Madaleno. Ainda colabora a autora com essa ideia sintetizando que o tempo em que a mulher se dedicava apenas aos filhos e a casa e o homem ao trabalho, privado da convivência familiar, não existe mais.

É, portanto questão imperativa, que diante das mudanças ocorridas, busque-se uma reflexão no sentido de garantir um relacionamento harmônico quando das impetuosas ondas de perturbação que emergem da dissolução conjugal. A legislação brasileira, com a promulgação da Lei nº 11.698/08, certamente levou em conta essas transformações e mudanças relacionais ocorridas no ambiente familiar ocupando-se da pesquisa e apresentação de melhor solução ao interesse da instituição familiar, com preferência aos interesses dos menores.

2.4 Aspectos sociais na vida dos menores

Sabendo-se que as mudanças ocorridas na sociedade atual geram novos hábitos e costumes no ambiente familiar, as necessidades psicológicas dos menores, no caso de separações conjugais, devem ser atendidas de forma adequada e adaptada ao seu contexto, para que haja a continuidade de sua vida anterior, sem grandes prejuízos psicológicos. O enfrentamento de problemas psicológicos não se pode evitar, mas pode-se amenizar seus efeitos através da permanência presencial dos pais com seus filhos. No sistema unilateral, prevalece o distanciamento progressivo do conjugue que não possui

⁴⁶ MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 136.

a guarda, e a ideia de alguém que provê ou paga pensão, na maioria das vezes insuficiente para suprir as necessidades afetivas e psíquicas. Essas tarefas familiares não podem ser exercidas unilateralmente, como assevera Grisard Filho, enfatizando a necessidade do cumprimento dessas tarefas de forma conjunta:

Lamentável e sistematicamente, como se vê na prática forense, ocorre confundir dar educação com pagar pensão. Dar educação exige o concurso de ambos os genitores (...). Daí entende-se que os aspectos gerais da educação incluem a escolha do estabelecimento de ensino, prosseguimento ou interrupção dos estudos, escolha da carreira profissional, decisão pelo estudo da língua estrangeira, educação religiosa, artística, esportiva, lazer, organização de férias e viagens, bem como os atos cotidianos como a compra de uniformes e materiais escolar, tal como se pratica no âmbito da família unida.⁴⁷

Entende-se que para a criança ser formada nos bons valores de sua personalidade, é preciso suprir suas necessidades psicológicas, com a presença do exercício fiel do poder familiar por ambos os pais. No ponto de vista clínico, afirma Silva, que a paridade das funções é uma necessidade psicológica dos menores para a sua formação:

A principal coisa que um pai faz é colocar seus filhos no mais amplo contexto social, ajuda-los entender as exigências necessárias para viver em um mundo fora da família. Sabemos, assim como uma descoberta clínica, que ser cuidado exclusivamente por mulheres restringe a exploração do ambiente por uma criança e retarda o desenvolvimento de alguns tipos de competência externa.⁴⁸

A importância para a criança quanto ao constante referencial das figuras, materna e paterna, lhe fornecerá valores para a diferenciação entre elas, afastando o perigo do aparecimento de males psicológicos. Portanto pais devem caminhar com seus filhos para o futuro. Para a criança a caminhada poderá ser longa. Para os pais poderá ter um final amanhã, às vezes daqui a alguns meses ou anos. Mas o importante é que esse caminho seja trilhado em

⁴⁷ GRISARD FILHO. Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.p. 167.168.

⁴⁸ SILVA. Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo J.H.Mizuno. 2012.p.141.

conjunto e com muito amor, respeitando sempre o fruto mais importante em meio à relação, ou seja, o menor.

Neste diapasão, verifica-se a importância de se ouvir a criança, como sujeito de direito que é, com o fito de se saber o que de fato se passa, qual a visão tem e qual sentimento traz, em relação ao contexto de litígio, no qual está inserida, tendo em vista a separação dos pais.

CAPÍTULO III - O DESCUMPRIMENTO DO ART. 1.584, § 2º DO CÓDIGO CIVIL

3.1 Alternativas para aplicação da guarda compartilhada

Algumas formas alternativas na solução das controvérsias e conflitos existentes na dissolução conjugal são propostas pela legislação brasileira, conforme, § 1º do inciso II, do art. 1.584 do Código Civil, alterado pela lei 11.127 de 28 de junho de 2005- DOU de 29-6-2005, que diz:

Na audiência de conciliação, o juiz Informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.⁴⁹

Também no § 3º, inc. II do art. 1.584 do Código Civil, alteração da Lei 11.127 de 28-6-2005, a lei faz referência a possibilidade do juiz basear suas decisões em orientações técnico-profissional. De um modo geral, as alterações da Lei 11.698/08 fazem referência em qualquer dos modelos, unilateral ou guarda compartilhada, à necessidade do magistrado dirigir-se pelas reais necessidades dos menores.

3.2 Os esclarecimentos em audiência de conciliação

O acordo entre os pais continua sendo o melhor elemento de convencimento do juiz, partindo-se do pressuposto de que ninguém melhor que os pais conhecem seus filhos e sabe o que é melhor para o futuro dos mesmos.

Daí a necessidade de buscar a conciliação, podendo o juiz ouvir o menor caso seja necessário e o juiz entenda ser valioso para a sua decisão, como

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said (org.). **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1962 Código Civil**. 5. ed.rev. atual e amp. São Paulo: RT, 2010.p. 1.131.

afirma a doutrinadora Silva "A oitiva de filhos em juízo é admitida processualmente, com exceção, sob pena de não se priorizar seus interesses adequadamente"⁵⁰.

Um aspecto a ser aferido é no tocante à oitiva dos menores para atribuição da guarda. A Convenção dos Direitos da Criança da ONU, em seu art. 12, ressalta o direito do menor de expressar sua opinião e de ser ouvido nos temas de seu próprio interesse. Essa tendência já encontra respaldo na prática de alguns juízes da Vara de Família. Porém, é importante rebater: ouvir, sim; mas, exigir que os filhos escolham, nunca.

A dialética da conciliação visa realizar um acordo para dirimir o conflito entre as partes, sem, todavia, enfrentar nem prevenir as causas de desacordos anteriores, pois, como os litigantes estão fragilizados pelo embate judicial, não desejam trazê-las à tona.

3.3 A mediação: intervenção de profissionais especializados

Conforme expõe Ana Carolina S. AKel a mediação é conceituada como uma:

Técnica que induz as pessoas numa rápida resolução de um conflito, necessitando da intervenção de uma terceira pessoa denominada mediador que auxiliará no deslinde de uma questão, de forma crítica, apresentando as partes a possibilidade de ganho mútuos e propiciando um acordo mais satisfatório para os próprios interessados.⁵¹

A mediação é, portanto, uma alternativa instrumental de pacificação prevista pelo Código Civil, por meio do "princípio da eticidade, sociabilidade e operabilidade, princípios esses que visam assegurar a aplicação de normas de

⁵⁰ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012. p.53.

⁵¹ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.68.

modo mais singular atendendo ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.⁵²

No direito de família considera-se oportuno o uso da mediação, por se trata de auxílio na solução de conflitos, nos momentos de angústia e dor causados pela separação conjugal, sendo apropriado para distinguir com clareza as questões materiais do litígio das dificuldades emocionais advindas da situação conflituosa.

A mediação tem sido difundida como forma de proteção às crianças, sendo frequentemente invocada, como método que ajuda na elaboração do luto da separação, de modo que os pais possam manter o par parental depois de separado o par conjugal. Seus resultados têm sido animadores e sua utilização fortemente recomendada.

É importante destaca que a mediação não é o afastamento do juiz. Ela é um passo positivo e construtivo do magistrado, que afirma seu papel e suas funções ao redirecionar os pais para as suas responsabilidades. A mediação não desautoriza o juiz. Ela é um parêntese no processo, e o magistrado, a qualquer momento, pode retorná-lo, determinando outras medidas que lhe pareçam necessárias.

3.4 O Real Interesse em Prol do Menor

A situação conflituosa gera a preocupação com os menores, trata de seus interesses, mas nem sempre serve ao “real interesse” do menor. As brigas e confrontos em prol da guarda caracterizam uma disputa como se os menores fossem objetos ou “brinquedos” dos pais.

Cabe aqui relembra que o melhor interesse do menor é uma questão de direito, garantidas no art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990:

⁵² AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.72.

Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais a manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos a menos que isso seja contrário ao interesse da criança.⁵³

Por interesse real em prol do menor deve-se entender a aplicação de todos os meios possíveis para amenizar os efeitos e impactos negativos dos conflitos sobre o ambiente de vida da criança. A conscientização deve ser geral, inclusive por parte dos advogados, como afirma Silva:

É fundamental que os advogados de família desmotivem os pais de lutar pelos filhos nos Tribunais e os ajudem a compreender que, sempre que um dos genitores ganha', quem perde é a criança.⁵⁴

O real interesse dos menores é que haja estabilidade em seu novo ambiente de vida, evitando-se mudanças bruscas e grandes alterações. O que caracteriza esse interesse, previsto no modelo da guarda compartilhada é a liberdade de determinação das regras no novo convívio, como propõe Maria Antonieta Pisano Motta, na obra de Silva:

Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma resistência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guarda seus filhos. Na guarda conjunta os pais podem planejar como quiser a guarda física, que passa a ser de menor importância, desde que haja respeito pela rotina da criança.⁵⁵

Muito apropriadamente enfatiza a autora que os pais podem planejar como quiser a guarda física dos filhos, e essa característica é a inovação do modelo da guarda compartilhada, exigindo maior desafio, consenso e diálogo em prol do real interesse dos menores. Assim sugere Silva que:

As decisões sejam tomadas de forma livre, sirva o real interesse da criança, o que redundará em seu equilíbrio emocional e social. Organizando-se de forma livre, mas a favor da criança, do jovem e da

⁵³ Disponível em www.pge.sp.gov.br/ Direitos das Crianças- acesso aos 10 de novembro de 2014-11-10.

⁵⁴ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012. p. 104.

⁵⁵ SILVA, Ana Maria Milano. **A Lei sobre Guarda Compartilhada**. 3 ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012. p. 70.

família, potencializando-se a força nela imanente. o que redundará em menores riscos de marginalização e estigmatização.⁵⁶

São essas condições de continuidade, de conservação e de estabilidade que são necessárias observar nos momentos de dissolução conjugal, que representam a maior necessidade que o menor mais precisa no momento da separação de seus pais não de mudanças e rupturas desnecessárias.

3.5 Prioridade dos Magistrados pelo Melhor Interesse do Menor

O magistrado é importante agente em prol dos interesses do menor, estabelecido pela legislação brasileira como representante do Poder Judiciário, como o responsável pelo melhor veredito em prol do melhor interesse dos menores. Reforça essa responsabilidade os critérios determinados pelos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, esclarecendo quais critérios se deve deter o juiz na aplicação da lei em relação aos menores, quais sejam: desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor buscando assegurar os seus efetivos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade.

Conforme determinada a nossa Carta Magna, no seu art. 229, compete aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, mesmo que não convivam no mesmo lar. Na condição de arbitrar sobre essas questões, o juiz considerará as condições pessoais dos genitores, tais como: condições materiais ou condições morais, que poderão orientá-lo na decisão, bem como procurar conhecer da "capacidade educativa dos pais, o ambiente familiar e cultural em que vivem e o tempo disponível a dedicação de seus filhos".⁵⁷

⁵⁶ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: J.H.Mizuno. 2012.p.102.

⁵⁷ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo J.H.Mizuno. 2012. p.51.

Assevera Silva que o tempo a ser dedicado à criança é fator primordial para sua adaptação à nova situação de vida: “Um dos determinantes do ajustamento da criança à separação dos pais e a vida em geral é o envolvimento ininterrupto dela com ambos os genitores”⁵⁸, sugerindo ainda que o juiz não deve separar irmãos, atribuindo guarda dividida entre os pais, porque interrompe o critério da continuidade de sua situação anterior aos problemas da dissolução conjugal.

3.6 O descumprimento do art.1.584 § 2º do Código Civil

De fato a redação do art. 1.584 § 2, do Código Civil é sem dúvida nenhuma, a maior inovação trazida pela Lei nº 11.698/08. Em verdade, tal dispositivo pretendeu afastar a guarda unilateral (mesmo aquela execrada por quem revelar melhores condições’, como afirmava o antigo art. 1.584. parágrafo único) como regra geral, substituindo-a pela guarda compartilhada. Essa mudança da regra geral de estipulação da guarda judicial deve ser intensamente comemorada, pois. Como já visto ao longo deste trabalho, a guarda compartilhada, por diversos motivos, é aquela medida que mais se unifica com o princípio do melhor interesse do menor.

O art.1.584 do Código Civil, no § 2º é bem claro em referir-se à discricção do juiz no exercício de suas funções deliberativas, atribuindo a responsabilidade de optar sempre que possível pela guarda compartilhada, caso não haja acordo entre os cônjuges, porém esta “extrema importância” do arbítrio judicial nas questões familiares que envolvem os menores e que exigem serem decididas sob a ótica da prioridade do interesse dos mesmos, não vem sendo devidamente cumpridas, tendo em vista que os magistrados não têm optado pela aplicação da guarda compartilhada de forma a fazer-se valer o seu poder diante da legislação que o permite a decretação da mesma, em atenção a necessidades específicas do filho, independente do acordo

⁵⁸ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: J.H.Mizuno. 2012.p.68.

firmado, devendo ao juiz a todo tempo valesse do papel primordial da mediação.

É com esse raciocínio que deve ser lida a expressão “sempre que possível”, indicada no art. 1.584, §2º, ou seja, em caso de inexistência de acordo entre os pais sobre a guarda do filho, valerá a regra geral da guarda compartilhada, sempre que a mediação previamente feita conseguir semear terreno fértil para a sua consecução, conseguir que o conflito existente entre genitores, se não for solucionado, pelo menos não interfira no cumprimento conjunto do poder familiar.

A existência de litígio entre os pais não prejudicará o sucesso da guarda compartilhada. Isso porque, para a aplicação desta medida na referida hipótese, exige-se previamente a realização da mediação interdisciplinar, meio altamente eficaz para resolução de conflitos familiares. Apenas e tão somente no caso de insucesso da mediação, algo que, na prática, se verifica pouco provável, é que se recorrerá à medida excepcional da guarda unilateral, desde que com os parâmetros definidos no art. 1.584, § 5º (será atribuída a quem revelar compatibilidade com a natureza da medida), tudo em proteção ao melhor interesse do menor.

Todavia, os juízes ao perceberem a dificuldade dos pais em estar entendendo a finalidade da guarda compartilhada, como meio necessário para que o poder familiar seja exercido de forma conjunta a proteger o melhor interesse do menor, raramente o mesmo determina a suspensão do processo judicial para encaminhar as partes a sessões de mediações.

A autora Ana Maria Milano Silva, após uma extensa entrevista com juízes de diversas comarcas do Brasil, pôde chegar à conclusão que reforça o acima exposto, onde ao serem questionados sobre o encaminhamento das partes envolvidas para uma possível sessão de mediação, ambos apresentaram opiniões semelhantes, a que não interromperiam o curso do processo para uma mediação. Dentro destes posicionamentos vale ressaltar o do Juiz Dr. Rodrigo Gorga Campos, juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, especialista em direito de família, que assim analisa:

A conscientização dos cônjuges sobre a guarda compartilhada não demanda, a meu ver, sessões de mediações. Sempre entendi que o processo judicial era o último passo para as partes encontrarem a solução de seus problemas do relacionamento. Acho indispensável uma sessão de mediação quando as partes passam a debater a causa.⁵⁹

É inegável que os magistrados em certos momentos não tem efetivamente cumprido com deveres previstos na Lei 11.698/08, que além de priorizar o melhor interesse do menor vai de encontro ao papel da intervenção de profissionais especializados que através da mediação, vão trabalhar diretamente com os responsáveis pelo desenvolvimento do futuro do menor, ou seja, os pais, levando até eles uma compreensão maior quando aos seus deveres e cuidados quanto à pessoa do filho menor em face da situação conflituosa por ele vivida.

⁵⁹ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 3. ed. São Paulo: J.H.Mizuno. 2008, 2012 p.215.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tratou de conceitos do poder familiar, guarda e guarda compartilhada, enfatizando, porém a guarda compartilhada como a mais indicada por diversas razões já anteriormente expostas, tendo em consideração que o direito brasileiro evoluiu, não só para permitir, como para recomendar e estimular a aplicação da guarda compartilhada. Trabalhou-se com intensidade e insistência o melhor interesse dos menores envolvidos em separações conjugais, analisando-se a questão psicológica do menor quando surgem as dissoluções familiares, e apontando para a igualdade de responsabilidades da guarda compartilhada como a melhor forma de suprir a família diante das transformações da sociedade dessa era pós moderna que também afetaram a família em sua estrutura e seus valores.

A participação dos genitores, de forma igualitária, do ponto de vista ideal, é presente na vida dos menores desde a sua mais tenra idade, no acompanhamento de suas vidas, desenvolvimento de seu caráter, personalidade e habilidade, razão porque se entende que, em caso de separação conjugal, esse relacionamento deve continuar quanto aos menores, para que possam se sentir seguros, e continuem a se desenvolver sem traumas. É nessa linha de ação que o presente trabalho apontou para a guarda compartilhada e prioriza presença de ambos os genitores na vida dos filhos nos casos de separação, como o equilibrado desenvolvimento de todas as suas aptidões, sejam elas morais, físicas, intelectuais ou ainda espirituais.

Com prioridade apontou para a necessidade de esclarecimentos nas audiências de conciliação, e na possibilidade da mediação de profissionais especializados, assim também a grande importância dos magistrados em situações litigiosas, no sentido de estimular a guarda compartilhada coisa que na prática não vem ocorrendo, contrariando assim os dizeres previstos no art. 1.584 do Código Civil, §2º, incluído no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 11.698/08, que garante poderes aos magistrados de aplicação da guarda compartilhada em situações em que o acordo entre os genitores não foi possível, respeitando o melhor interesse da criança. Conforme dito da nova lei o juiz deverá buscar todos os meios para efetivação da guarda compartilhada,

assim, a mediação familiar torna-se imperativa, já que permitirá, por meio de um profissional há habilitado, esta concretização.

Entende-se que esse estudo é de suma importante, inclusive para estimular outros estudiosos para que na prática se observe a efetiva aplicação da Lei 11.698/08 nos tribunais de nossa pátria, porquanto no que se refere já pesquisa bibliográfica, a defesa em prol dos menores é clara e constante no entendimento dos doutrinadores pesquisados.

A ideia central da pesquisa foi, além dos conceitos preliminares necessários, demonstraria preocupação da Lei 11.698/08 por alguns detalhes ainda não explorados por leis similares anteriores, qual seja a ênfase nas possibilidades e alternativas de aplicação da guarda compartilhada e melhor atenção aos interesses dos menores nas dissoluções conjugais.

Finalmente, após esta importante análise da guarda compartilhada em face das alterações trazidas pela referida lei, pode-se concluir que são incontestáveis os benefícios deste modelo, pelo aspecto de igualdade e participação dos genitores, não somente por servir melhor à época histórica que vivemos como de fato melhor atende aos interesses dos filhos de famílias que sofrem as consequências do divórcio.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARRETO, Vicente (coord). **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados.** Colaboração de Sérgio duardo Nick. “A Nova Família: Problemas e Perspectivas”. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CAHALI, Yussef Said. (org.) Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1962. Código Civil. 5. ed. rev. atual e amp. São Paulo: RT, 2003.

CAHALI, Yussef Said. (org.) **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.** Lei do Divórcio. 5. ed. rev. Atual e amp. São Paulo: RT, 2003.

CAHALI, Yussef Said. (org.) Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente.** 5. ed. rev. Atual e amp. São Paulo: RT, 2003.

DIAS, Maria Berenice et al (coord.). **Direito de família e o novo código civil.** 3. ed. ver. atual. amp. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI.** Versão. 3.0. Lexicon. 1999.

FIÚZA, Cesar. **Direito civil: curso completo.** 8 ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Curso de direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2008.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.v.6.